14

P E R

D. Franceſco Cocozza

In ſoſtegno delle nullità prodotte avverſo la ſentenza del S.C.
nella cauſa tra il medeſimo, e

D. Franceſco de Marinis

COMMESSARIO DEGNISSIMO
Il Regio Conſigliere D. Vincenzo Speciale .

(14)

NAPOLI

LA preſente Memoria è diretta a difendere le nullità riſpettoſamente prodotte da D. Franceſco Cocozza, *Erede fiduciario* del fu Avvocato *D. Giuſeppe Gorga* pe'l Monte di moltiplico da lui iſtituito, avverſo la ſentenza del S. C. del dì 19. Dicembre dell' anno 1800., colla quale reſciſſo il contratto dell' anno 1743. paſſato tra D. *Tommaſo de Marinis ſeniore*, e 'l fu D. *Salvatore Latino*, fu il Curatore della coſtui eredità giacente condannato a pagare ne' ſuoi beni ereditarj la ſomma di ducati *mille*, una colle terze fin' oggi decorſe, alla ragion convenuta del 5. e mezzo per 100. e le ſpeſe ancora della lite: per le quali quantità tutte fu accordata l' *aſſiſtenza* ſulla maſſaria, ſelve, e caſe ſite nella *villa di Orſolone*, oggi poſſedute dal detto Erede fiduciario *Cocozza*. A tale uopo credeſi da noi neceſſario ricordare al S. C. colla maſſima brevità, ed ingenuità inſieme, tutti que'fatti, che nella preſente cauſa concorrono, perchè tornati ad eſame nel ſuo vero aſpetto, e con tutte quelle circoſtanze, e rifleſſioni, che ſon del caſo, poſsa l' iſteſſo S. C. per effetto di quella docilità, che unita alla ſaviezza ſomma di così auguſto Tribunale, ha ſempre coſtituito il ſuo pregio, ed onor maggiore, la ſentenza ſuddetta moderare, e al ſuo vero punto di giuſtizia ridurre; ſiccome ſi augura, e ha tutta la fiducia chi ſcrive.

A FAT-

FATTO.

D. *Tommaſo de Marinis*, qual chiamato al fedecommeſſo, e primogenitura iſtituita da D. *Tommaſo de Marinis ſeniore*, nell'anno 1794. introduſſe nel S. C. un giudizio contra l' eredità del fu D. *Salvatore Latino* per lo ricupero di un capitale di duc. *mille* ſottopoſto al mentovato fedecommeſſo, impiegato col detto Latino nell' anno 1743. con pubblico iſtrumento per mano di Notar Nicola Fontana alla ragione del 5 ½ per 100. giacchè eſſendo morto D. *Tommaſo de Marinis* juniore, che fece un tale impiego, non ſi trovò nell' inventario de' ſuoi beni deſcritto queſto Capitale (1).

Commeſſa queſta cauſa in tali termini (e ſenza eſpreſſioni alcune nella ſupplica, che indicaſſero azione intentata di *reſciſſione* dell' indicato contratto, e molto meno di *aſſiſtenza* ſu' fondi alienati) al fù Regio Conſiglier Caccia ſotto il dì 18. *Novembre* del detto anno 1794., ſi fè poſcia l' attore *de Marinis* a domandare, con un ſuo memoriale al prenomato Signor Commeſſario, provvidenze, che come il principal debitore *D. Salvatore Latino* era morto, ed avea di ſe rimaſti due figli, D. *Luigi*, e D. *Anna*, così facea meſtieri, *per la cauſa della reſciſſione di contratto*, che ſi precettaſſe a coſtoro, di dichiarare tra breve termine, ſe aveano, o nò, *qualità ereditaria* del padre, e poſſedeſſero beni di lui. E poichè non adempirono ne' *fatali* a ſiffatta dichiarazione, fu aperto un termine *ſommario* ſulla *eredità giacente* del detto D. *Salvatore Latino*.

Avendo in queſto termine l' attore *de Marinis* articolato, che al tempo del contratto, o ſia dell' iſtrumento ſtipulato a 11. Febbraro 1743., il debitore Latino, non ſolo poſſedeva que' tali corpi *ſpecialmente* obbligati nell' iſtrumento, ma la maſſaria ancora ſita nella *Villa di Orſolone*; ed

(1) *Fol.* 2.

ed avendo depoſto alcuni teſtimoni, che *il Latino avea poſſeduto* la detta maſſeria, ſenza però ſpecificare *in che tempo*; ed oltre a ciò, che i due ſuoi figli D. *Luigi*, e D. *Anna* non avean voluto adire la eredità paterna; domandò in ſeguito con una ſua iſtanza (1), di ſottoporſi a *ſequeſtro* la maſſeria ſuddetta, *etiam quoad fructus*, per ſicurezza de' chiamati all' eſpreſſato fedecommeſſo primogeniale di ſua famiglia, per quindi *reſcinderſi l' anzidetto contratto, e condannarſi la Eredità al pagamento del capitale, e terze decorſe; e preſtarſi l' aſſiſtenza ſopra la maſſeria all' Orſolone poſſeduta da Cocozza.*

Propoſtaſi queſta dimanda in S.C. fu con decreto del dì 28. Novembre 1795. dato per Curatore all'eredità giacente il Dottor *D. Vincenzo Vittiglio*.

Quì ſi rimaſe il giudizio per la morte avvenuta del prenomato primo attore *D. Tommaſo de Marinis*.

M' avendoſi il ſuo figlio *D. Franceſco Tommaſo* a dì 11. Gennaro 1796. fatto ſpedire dalla G. C. decreto di ſpettanza della primogenitura ſuddetta, con ſupplica d'*inſufflazione di ſpirito* de' 13. giugno dell' iſteſſo anno ravvivò l' intermeſſo giudizio (2), e replicò ſue iſtanze per la *reſciſſione* ſudetta di contratto, e per *l' aſſiſtenza* ſull' eſpreſſata maſſaria all' *Orſolone*, chiedendone intanto il ſequeſtro de' frutti (3).

Notificato il Curatore, e 'l Procnratore di D. Franceſco Cocozza, poſſeſſore, come ſi è detto, della ſudetta maſſeria colla qualità *di Erede fiduciario* dell' acquirente D. Giuſepſeppe Gorga; il primo dopo avere oppoſte varie coſe, e ſpecialmente la *ſimulazione* di quel tale contratto, domandò l' *annotazione*, e *ſequeſtro* de' beni ereditarj del detto D. Salvatore Latino, *etiam quoad fructus* (4): e per parte

(1) *Fol.* 19. *ad* 20.
(2) *Fol.* 24. *a t.*
(3) *Fol.* 25. *ad* 26.
(4) *Fol.* 27. *ad* 28.

te dell' *Erede fiduciario* di D. Giuſeppe Gorga, convenuto *per l' aſſiſtenza*, con una ben lunga iſtanza furon dedotte le ſeguenti eccezioni.

La prima, che il fù Avvocato D. *Giuſeppe Gorga*, di cui era egli *Erede fiduciario* per l'adempimento della di lui diſpoſizione teſtamentaria, ed ere-ione del *Monte* dal medeſimo iſtituito a favore di *D. Rocco Mileo*, e D. *Aleſſandro Gorga* di Monteforte, e Monte de' *Poveri vergognoſi*, avea la maſſaria ſudetta all' *Orſolone*, o ſiano *moggia nove* della ſteſſa, con *Caſino*, e moggia *tre di Selva*, acquiſtate da D. Salvatore Latino mercè di *compra* fattane a 5. Ottobre 1773. pe 'l prezzo di ducati 3728. come da iſtrumento ſtipulato per mano di Notar Michele Banchiero di Napoli, del qual prezzo la maggior parte fù condizionata per eſtinguerſene creditori dell' iſteſſo venditore *Latino*, e tra queſti *Lorenzo Paſtore* per la ſomma di ducati 1552. e grana 87. mutuatigliſi per l' acquiſto della porzione ſpettata a D. *Giuſeppe Litto* ſulla ſteſſa maſſeria, ch' era Ereditaria della fù D. *Marianna Fiorentino*, e agl' iſteſſi Litto, e Latino pervenuta era nell' anno 1766. per effetto d' una tranſazione tra gli Eredi *ſcritti*, ed Eredi *Conſuetudinarj* della prenomata Fiorentino; ſicchè *non erat in bonis* del detto D. *Salvatore Latino* nell' epoca del 1743. in cui contraſſe il debito con *D. Tommaſo de Marinis*.

La ſeconda, che li docati *mille*, quantunque col citato iſtrumento del dì 11. Febbrajo compariſſero pagati a D. *Salvatore Latino*, con partita del Banco S. Giacomo, corſe nondimeno in quel tale contratto della indubitata *ſimulazione*, concioſiachè, com' era danaro pervenuto dalla reſtituzione fattane da *D. Gioacchino Poeta*, e ſpettante al fedecommeſſo iſtituito dal de *Marinis Seniore*, per la quale ragione dovea reimpiegarſi, così volendolo per ſe D. *Tommaſo de Marinis* juniore libero, ed eſplicito, ſi finſe il reimprego col detto D. *Salvatore Latino*, dal qual poi mediante una ſcrittura tra eſſi loro *d' indennità*, doveaſi rigirare all' iſteſſo *de Marinis*; e queſta finzione veniva

av-

avvalorata dalle ſeguenti circoſtanze di fatto. I. Che oſſervavanſi intieramente caſſati li 21. verſi della prima girata. II. che ſeguita poi cinque giorni appreſſo all' iſtrumento la morte del detto *Tommaſo de Marinis* (1) vedeaſi girata *per altritanti* da D. Salvatore Latino a *Giuſeppe Palmieri* (ch' era un Cameriere della vedova del defonto *de Marinis*, o ſia della Signora D. *Nicoletta Vaccarelli*) la quale dopo di avere in un pubblico ſolenne iſtrumento del dì 25. *Aprile* dell' iſteſſo anno 1743. (2) nettamente confeſſata la *ſimulazione*, di cui era coſcia, di quel tale contratto, e reimpiego, che col citato iſtrumento del dì 11. febbraro compariva fatto dal marito, ſi obbligò di cavare indenne, ed illeſo da qualunque moleſtia il Latino; e per la cautela di tale *indennizzazione*, previa Regal diſpenſa, obbligò ben' anche a favore dello ſteſſo tutti li ſuoi beni *dotali*, ed *eſtradotali*, ed in ſpecie poi un credito di duc. *mille*, *e cento*, a lei aggiudicato con ſentenza del S. C. ſopra D. *Michele Fiorentino*.

La III., che morta nel 1786. la Vaccarelli, l'iſteſſo D. *Tommaſo de Marinis*, che iſtituì il preſente giudizio nel 1794. era ſuo figlio *ed erede*, ma non col beneficio della legge, e dell'*inventario*, giacchè queſto ſi vide formato ſei anni dopo (3).

Sicchè conchiuſe l'iſtanza con domandare le ſeguenti provvidenze. I. La diſcuſſione de' beni del debitore principale. II. Che in queſto giudizio ſi chiamaſſe l'erede della *Vaccarelli*, e foſſero allo ſperimento di eſſo onoſsj li beni di coſtei ſpecificamente obbligati col citato iſtrumento de' 25. aprile 1743. III. che foſſero chiamati in giudizio il *plegio*, che diè Latino per iſvincolare dal Banco l' anzidetta fede di credito; il Maſtrodatti *Pariſi*, che preſe la plegeria; il *Banco S. Giacomo*, che pagò ſenza la firma dell'

(1) *Fol.* 40.
(2) Queſto iſtrumento fu poi eſibito al *fol.* 90.
(3) *Fol.* 111. *ad* 115.

ultimo giratario *Giovanni Palmieri* ; e foſſero finalmente nello ſteſſo giudizio inteſi gli Amminiſtratori del *Monte di Gorga*, ch' erano i principali intereſſati per la domandata *aſſiſtenza* (1).

In ſeguela di tal domanda eſſendoſi tenuto contraddittorio innanzi al Conſiglier Commiſſario, fù con decreto dello ſteſſo de' 20. giugno 1796. impartito *termine ordinario* alla cauſa, *AUDITIS PERSONIS enunciatis in comparitione præſentata per Franciſcum Cocozza fol.* 34. *ſalva proviſione faciendà ſuper petito ſequeſtro* (2).

Non piacque queſto decreto al detto novello attore *Franceſco de Marinis*. Ne produſſe quindi ſupplica di gravame nel S. C. per lo motivo, che non era egli in obbligo di ſentire le perſone deſcritte nella mentovata iſtanza di *Cocozza* (3). Ma fattaſi parola dal Conſiglier Commeſſario nella Ruota dell' anzidetto ſuo decreto, e gravame, il S.C. ſtimò di *confermarlo* (4), e ſpirati i fatali paſsò *in coſa giudicata*: ſicchè fatti gli altri decreti *ordinatorj* nella cauſa, e notificati il *Curatore* dell'eredità di Latino, il Banco di *S.Giacomo*, ed il Procuratore di *Cocozza*, coſtui, ſempre replicò, di doverſi a norma del decreto del S. C. paſſato in coſa giudicata, ſentire tutti gli altri deſcritti intereſſati, altrimenti ſi proteſtava di *nullità* (5).

Fu l' anzidetto termine compilato dal ſolo attore *Franceſco de Marinis*, il quale avendo articolato (6), che in tempo del contratto, o ſia nel 1743. D. Salvatore Latino, oltre a molti altri beni ſtabili *poſſedeva la ſuddetta maſſaria in Orſolone*, la qual fu poi da lui venduta a *D. Giuſeppe Gorga*, ed oggi poſſedeaſi da *Franceſco Cocozza*;

e

(1) *Fol.* 34. *ad* 35.
(2) *Fol.* 36.
(3) *Fol.* 43. *ad* 46.
(4) *Fol.* 47.
(5) *Fol.* 49.
(6) *Fol.* 57.

e fatto deporre ad alcuni teſtimoni di ſua affezione, e pendenza, qualmente *prima, e dopo del* 1743. *il ſuddetto D.Salvadore Latino poſſedeva varj ſtabili,* E SPECIALMENTE *LA MASSARIA IN ORSOLONE, e che queſta poi venduta a D. Giuſeppe Gorga poſſedeaſi oggi da Franceſco Cocozza*; fatta queſta pruova, e preſentate anche in termine due ſedi, l'una della morte del *Maſtrodatti Pariſi*, che preſe la cennata plegeria, e l'altra dell' Archivario del Banco S. Giacomo, teſtificante, che giuſta la coſtumanza dell'epoca del 1743. i Caſſieri del Banco pagavan le polize colla ſola firma di colui, che girava *per altrettanti* in bianco, ſi devenne alla pubblicata dello ſteſſo ſotto il dì 3. Marzo 1798., e ſeguentemente alla monizione a ſentenza: notificati i quali atti al Procuratore di *Cocozza*, ed al ſuddetto *Curatore*, non mancarono di dirne di *nullità*, avvegnacchè eraſi il termine compilato ſenza punto ſentirſi quelle *altre perſone intereſſate* nel giudizio, che con decreto del S.C. paſſato in coſa giudicata eraſi preſcritto di doverſi ſentire, o ſiano *D. Rocco Mileo*, i chiamati al *Monte di Gorga*, e l'ultimo chiamato *Monte de' Poveri vergognoſi*.

L' Attore d' altra parte preſentò ſua iſtanza per la ſpedizion del giudizio, o ſia per la *reſciſſione* del *contratto*, domandando condannarſi il Curatore dell' eredità giacente di Latino a pagare *in bonis hereditariis* del medeſimo il Capitale di ducati 1000. inſieme con tutte le annualità decorſe, al cui oggetto preſtarſi l' *aſſiſtenza* ſulla maſſaria oggi poſſeduta da Cocozza, ſu 'l falſo ſuppoſto, ch' era ſtata quella *ſpecialmente* tra gli altri beni *ipotecata* dal debitore al credito de' ducati 1000. e niuna pruova avea fatta in contrario il *Cocozza*.

Si diedero a tale iſtanza per parte di *Cocozza* le convenienti riſpoſte, e nel tempo ſteſſo furon preſſo gli atti preſentati diverſi documenti, per giuſtificare quanto eraſi da lui dedotto in eccezione della domandata *aſſiſtenza* ſulla maſſeria.

Fù da lui dunque eſibito primieramente l'iſtrumento ſudetto d' *indennità* paſſato tra il detto *D. Salvatore Latino*, e D.

Nicoletta Vaccarelli (1). In ſecondo luogo una fede di verità fatta di ordine di Giudice in Marzo 1798. dall'Archivario del Banco S. Giacomo, colla quale atteſta, che della *fede di credito di duc.* 1000. *de'* 14. *marzo* 1743. *ſe ne fece introito in teſta a D. Nicoletta Vaccarella di ducati* 900. *eſſendoſene formate diverſe fedi, e li mancanti duc.*100., *furono pagati alla ſteſſa in contante* (2). Terzo la partita ſudetta di Banco della fede di duc. 1000. paſſata per Banco a 14. Marzo 1743. colle *nove fedi* da detta fede di ducati 1000. introitate nell' iſteſſo giorno in teſta di D. *Nicoletta Vaccarelli*, una delle quali di ducati 28. che fù girata per pagarſi *le torce, ed altro occorſo per l' interro di ſuo marito D. Tommaſo de Marinis al magnifico Michele Carnovale* (3). E finalmente *l' inventario* fatto da D. *Tommaſo*, e *D. Vincenzo de Marinis* a 24. maggio 1792. de' beni della ſudetta Vaccarelli loro madre, che morì in Settembre 1786. (4).

Ad onta di così fatti documenti, e che dall' iſteſſo iſtrumento del 1743. per parte del *de Marinis* eſibito, chiaramente ſi rilevaſſe, che non fù vera la *ipoteca ſpeciale* dall' iſteſſo Marinis replicate volte aſſerita della maſſeria in *Orſolone* in più ſue iſtanze (5) e negli articoli (6), avvegnacchè fù da D. Salvatore Latino acquiſtata nulla meno, che anni *ventitre* poſteriormente a quel ſuo contratto di debito, ebbero la ſventura il *Curatore* dell' eredità di Latino, e D. *Franceſco Cocozza*, che propoſtaſi queſta Cauſa nel S. C. ſi foſſe profferito il ſeguente decreto ſotto il dì 16. *Aprile* dell'anno 1800.

Ma-

(1) *Fol.* 90. *ad* 96.
(2) *Fol.* 97.
(3) *Fol.* 102. *ad* 110.
(4) *Fol.* 111. *ad* 115.
(5) *Fol.* 19. *&* *fol.* 87. *&* 88.
(6) *Fol.* 15. *&* 55. *ad* 59.

Magnificus Curator hereditatis jacentis quondam D. Salvatoris Latino infra dies decem ſolvat tertias huc uſque decurſas, & non ſolutas a Capitali ducatorum mille in actis deducti, quo termino elapſo providebitur ſuper reſciſſione contractus, & adſiſtentia; ſalvis juribus dicto Curatori contra hereditatem D. Nicolettæ Vaccarella in alio judicio(1).

Di queſto decreto ſi dolſe il Procuratore di D. *Aleſſandro Gorga*, uno degl'intereſſati del Monte, col remedio della reſtituzione *in integrum* (2); ma ebbe anche la ſventura di ſoccumbere, giacchè fù detto con altro decreto del S.C., *non eſſe deferendum* (3).

Poſto quindi in mora con altri decreti del Conſigliere Commiſſario il *Curatore dell' eredità di Latino* pe'l pagamento delle terze attraſſate, poichè neppure ſi purgò queſta mora dal Curatore col pagamento delle dette terze; ecco, che il S.C. devenne alla ſentenza di reſciſſione di contratto ſotto il dì 19. Dicembre dell' anno 1800.; la quale fu concepita ne' ſeguenti termini.

Dicimus, ſententiamus, & definitive declaramus, quod condamnetur reſciſſo contractu magn. Curator hereditatis jacentis quondam D. Salvatoris Latino ad ſolvendum in bonis hereditariis ejuſdem in beneficium D. Franciſci de Marinis, nomine ut ex actis, Capitale ducatorum mille, conditionatum pro eo implicando in emptionem, tanquam ſubjectum vinculo primogenituræ, ut ex actis, una cum tertiis huc uſq. decurſis, & non ſolutis, calculandis per ſcribam cauſæ partibus requiſitis; & ad litis expenſas. Pro quibus quantitatibus præſtetur adſiſtentia ſuper rure, ſylva, & domibus in actis deductis, ſitis in villa vulgò dicta ORSOLONE *adhuc poſſeſſis per D. Franciſcum Cocozza heredem fiduciarium quondam D. Joſephi Gorga, ad finem vendendi, vel adjudicandi in forma, ſalvis juribus dicto magn. Cura-*

(1) *Fol.* 133.
(2) *Fol.* 134.
(3) *Fol.* 143.

tori contra hereditatem quondam D. Nicolettæ Vaccarelli in alio judicio.

Contro di queſta ſentenza, come quella, che contiene una parte ſommamente leſiva pe'l Monte di *D. Giuſeppe Gorga*, giacchè ſi è accordata l'*aſſiſtenza* ſulla cennata *maſſaria*, *ſelva*, e *Caſino*, che il detto fù D. *Salvatore Latino* 30. anni dopo al contratto del 1743. vendette a D. *Giuſeppe Gorga*, e ſulla quale nè per effetto di *ſpeciale* ipoteca, nè di *generale* potea il creditore fare ſperimento alcuno di ragione, come da quì a poco farà dimoſtrato, ſi ſono per parte di D. *Franceſco Cocozza*, erede fiduciario del Fondatore del detto Monte prodotti col dovuto riſpetto più, e diverſi capi di *nullità*, riguardanti l'*ordine*, e la *giuſtizia*; della cui ſuſſiſtenza perchè foſſe il S. C. in grado da conoſcere, divideremo la preſente *Memoria* in due parti. Nella prima parlaremo di quello fù omeſſo di ritualità nel giudizio; e nella ſeconda diviſaremo le difficoltà tutte, che incontra la ſentenza iſteſſa per l'*aſſiſtenza* accordata ſulla maſſeria *del Monte di Gorga*.

PAR-

PARTE I.

La ſentenza non potea profferirſi, ſenza eſſere ſtat' inteſi coloro, che con decreto del S.C. medeſimo era ſtato preſcritto di doverſi nella preſente cauſa ſentire.

QUando in un giudizio hanno intereſſe più perſone, biſogna, che tutti coſtoro ſieno *particolarmente* inteſi. E' queſto un' aſſioma legale, che non ha biſogno di dimoſtrazione.

Or ſi domanda da noi. Nel mentovato giudizio di *reſciſſione di contratto* aveano, o nò, dell'intereſſe, oltre al *Curatore* dell' eredità di Latino, ed *Erede fiduciario* di Gorga, anche i *chiamati* al godimento del Monte dall' iſteſſo Gorga iſtituito? ed oltre a coſtoro il *Banco* ancora *di S. Giacomo*, e *plegi*, che intervennero per la ſicurtà dell' impiego de' ducati *mille* nel 1743.? Certamente, che sì; mentre i *chiamati* al Monte di Gorga venivan feriti colla domandata *aſſiſtenza* sù la maſſeria di lor dominio; ed il *Banco*, il *Fidejuſſore*, ed eredi del Maſtrodatti *Pariſi*, che preſe quella tal plegeria, col regreſſo almeno, che doveaſi *una eademq. ſententia* accordare al detto Monte contro di coſtoro, nella ipoteſi, che non aveſſero dovuto piuttoſto li *Fidejuſſori* ſuddetti condannarſi a pagare, pria di poterſi venire a ſperimento d'*ipoteca* contro del terzo poſſeſſore a norma della nota *Autentica Hoc ſi Cod. de pignor. & hypoth.*

Nè vale il dire, come ſi è aſſunto per parte dell' Attore, che colla firma *per altritanti* poteaſi eſigere, e ritirare il danaro da chiunque portava la fede di credito al Banco,

purchè coſtui foſſe ſtata perſona conoſciuta al Caſſiere, giacchè queſto è vero, quando la gira del *per altritanti* è in bianco, e la fede di credito, o poliza vien firmata al piede da quella perſona, che va ad introitarſi il danaro; ma non già, quando col *per altritanti* è ſtata ad altri girata, come nel caſo noſtro, in cui giuſta la partita ſuddetta eſtratta dal Banco la poliza di ducati *mille* fu da D. Salvatore Latino girata in queſto modo = *E per me li ſudetti ducati mille li pagherete* AL SIG. D. GIOVANNI PALMIERI *per altritanti*.

In queſto caſo ognuno vede, e comprende, e la coſtante pratica di tutti li Banchi, e di coloro, che con reiterate girate hanno fedi di credito, o polize di Banco, il comprova, che quando dalla perſona iſteſſa, che gira col *per altritanti* ſi è diretto il pagamento a perſona alcuna, la coſtui firma *indiſpenſabilmente* ſi richiede.

Se dunque per tali ragioni intereſſava beniſſimo all'*Erede fiduciario* del Monte di Gorga, di avere in ogni caſo di ſoccumbenza, almeno il regreſſo contro del *Banco*, del *plegio*, e *Maſtrodatti Pariſe*, e ſe altresì nella lite iſteſſa vi correva l' intereſſe de' *chiamati* al godimento del *Monte* di *Gorga*; e tutti coſtoro fu in fatti preteſo dall' *erede fiduciario* Cocozza di ſentirſi in quel giudizio, e così fu con decreto del Commiſſario, confermato dal S. C., ordinato; non potea poi il S. C. medeſimo venire ad interporre la ſentenza per la *reſciſſione* del contratto, e per l'*aſſiſtenza*, e poi sù fondi, che non erano *in bonis debitoris* a tempo del contratto iſteſſo, ſenza di eſſere ſtati buona parte di tutte le additate perſone in quel giudizio inteſe.

Nè baſta a ſaldar tutto la *riſerba di ragioni*, che ſi è data colla citata ſentenza al *ſolo* Curatore dell' eredità di *Latino* contro della eredità di D. *Nicoletta Vaccarella*; avvegnacchè molto più queſte ragioni (nella ipoteſi ſempre, che non ſi concede, di dover correre direttamente l'*ipoteca* anche ſul fondo della maſſaria non obbligata) doveano riſerbarſi al detto *erede*, e al *Monte di Gorga*; e non ſolo con-

contro della *Vaccarella*, ma del *Banco S. Giacomo* eziandio, e *perſone, che preſero la plegeria*.

Senonchè, perchè non ſi creda; che per difetto di ragioni intrinſeche, e di *giuſtizia*, attaccati noi ci foſſimo alle mancanze di *ordine*, omertaſi pure di fermarci davantaggio a più ragionarne; e ſi paſſi ſpeditamente all' eſame di quelle ragioni, ed articoli, che coſtituiſcono *nulla* la ſentenza per punti di *giuſtizia*.

PARTE II.

§. I.

La maſſaria all'Orſolone non fu ſuggettata dal debitore ad ipoteca alcuna ſpeciale.

NOn può ora certamente richiamarſi più in dubbio, ſe nel contratto del 1743. la maſſeria *all'Orſolone* ipotecata *in ſpecie* ſi foſſe al credito ſuddetto di ducati *mille*, ſiccome con *falſe* pruove teſtimoniali amendue gli attori ſuppoſero al S. C. pria dell' impartizione della citata ſentenza; avvegnacchè ſi è fatto coſtare oggigiorno con *pubblica ſcrittura*, dall' Avverſario punto non contraddetta, che a D. Salvadore Latino pervenne nell' anno 1766. (1) per effetto di una tranſazione paſſata tra gli eredi *ſcritti*, e gli eredi *conſuetudinarj* della ſu D. *Marianna Fiorentino*, alla cui eredità quella pria ſi appartenea. Anzi della ſteſſa maſſeria ſolo *tre* moggia, e *un* moggio di ſelva, coll' uſo del Caſino, e caſe rurali per *nona parte* al detto D. Salvatore ne toccarono, ſiccome

(1) *Fol.* 185.

dal citato ſtrumento chiaramente rilevaſi, giacchè le altre *ſei* moggia, e *due* moggia di ſelva, colle quote del Caſino, e caſe rurali, toccarono a *D.Vincenzo*, e *D. Gaetano Latino*, per una parte, e per un'altra a D.*Giuſeppe Litto*, al quale furon pagati ducati 1552. per prezzo della ſua porzione, e queſti li preſe il detto Latino a mutuo da *Lorenzo Paſtore*, appunto per la compra della porzione ſuddetta (1). Se dunque tali rate di maſſeria furono acquiſtate poſteriormente da *Latino*, egli è coſa, che non può più ammettere la menoma controverſia, che nel tempo del contratto, o ſia nell' epoca del 1743. non potè eſſere il detto ſtabile ſuggetto ad ipoteca veruna *ſpeciale*; e quindi ſi rimane diſtrutta tutta la prova degli Attori *de Marinis*, ſulla quale fu *poggiata* la ſentenza.

Oltrechè leggaſi l' iſtromento di quel contratto, e vedraſſi a chiare note, che i fondi *ſpecialmente* ipotecati furon tutt' altri dal fondo, sù del quale per cagion di una *falſa* pruova ſi è preſtata dal S. C. l' *aſſiſtenza*.

Ma ſi riſponde dall' Avverſario, che, ſe non fu ella compreſa nell' ipoteca *ſpeciale*, lo fu ſibbene nella *generale* di tutt' i beni *preſenti*, e *futuri* del debitore.

Un tale aſſunto verrà riſchiarato nel §. ſeguente.

§. II.

(1) *Fol.*

§. II.

La ipoteca generale ſu' beni di futuro acquiſto non può nuocere al terzo poſſeſſore di buona fede, e per titolo oneroſo.

NOn s' ignora da noi, nè ſi niega, che l' Imperador Giuſtiniano nella *l. ult.* ſotto il titolo del Codice *Quæ res pignori oblig. poſſ.*, ammiſe la ipoteca delle coſe anche *future*: ſi difficulta ſi bene, ſe queſta ipoteca poſſa, o nò, nuocere *al terzo poſſeſſore* di buona fede, e per titolo *oneroſo*. Giuſtiniano, e pria di lui il Giureconſulto Gajo (1), ammiſero la ipoteca *generale* di tutt' i beni *preſenti*, e *futuri*: ma la quiſtione è, ſe lo ſperimento di queſta ipoteca *ſempre*, *e ſenza eccezione di caſo veruno* valeſſe: per eſempio, quando i beni di poſteriore acquiſto compreſi nella ipoteca *generale* veniſſero dal debitore diſtratti, e paſſaſſero *in alieno dominio* con titolo di *compra*, e *vendita*; ovvero mercè di una ipoteca *ſpeciale* ad altri ſi aſſuggettiſſero. Ora in tal caſo ſi crede da noi, ſulla ſcorta di legali ſtabilimenti, che il poſſeſſore di tali beni per titolo *oneroſo*, che gli abbia trasferito il dominio; oppure il creditore di epoca poſteriore, cui furono *ſpecialmente* dati in pegno, vinceranno il creditore anteriore, munito della *generale* ipoteca, laddove il detto terzo poſſeſſore non riceveſſe oſtacolo anche dall' ipoteca *ſpeciale*, e pe'l creditore poſteriore ſi verificaſſe il caſo, che vi ſon beni tuttavia del debitore principale *in ſpecie* obbligati, o de' *fidejuſſori* forſe dati da lui in quel contratto.

A 8 Chia-

(1) Nella *l.* 15. *pr.* & §. 1. *D. de pign.* & *hyp.*

Chiare pur troppo ſono a queſto propoſito le determinazioni della *l.* 2., e 10. del *Codice* ſotto il titolo *de pignor. & hypoth. Quamvis conſtet* (ſone le parole della *cit. l.* 2.) SPECIALITER *quædam*, *& univerſa bona* GENERALITER *adverſarium tuum pignori accepiſſe*, *& æquale jus in omnibus habere*, *jurisdictio tamen* TEMPERANDA EST; *ideoque*, *ſi certum ſit*, *poſſe eum ex his*, *quæ nominatim ei pignori obligata ſunt*, *univerſum redigere debitum*, *ea*, *quæ poſtea ex iiſdem bonis pignori accepiſti*, INTERIM TIBI NON AUFERRI PRÆSES PROVINCIÆ JUBEBIT.

La *diſcuſſione* poi, che ordinatamente dee farſi del debitore *principale*, ſuoi beni *ſpecialmente* obbligati, e *fidejuſſori*, pria di venire ai beni già paſſati in alieno dominio, dipende dal diſpoſto della *Novella* 4. e 124. di Giuſtiniano, e dalle notiſſime *Autentiche Sed hodie C. de obligat. & Hoc ſi C. de pignor. & hyp.* ragion per cui è queſta una teoria legale ammeſſa, ed inſegnata da tutti li più dotti Interpetri del noſtro dritto.

Giacomo Cujacio nel III. libro de' *Reſponſi* di Papiniano nel commento alla *l.* 2. *D. qui potiores in pignore hab.* così ſcriſſe.

Speciali hypothecæ ſolet ſubiici generalis, *cujus ille ſenſus eſſe ſolet*, *ut ita demum generali hypotheca creditor utatur*, *ſi* SPECIALIS, QUÆ PRÆCESSIT, NON SUFFICIAT; *& id ſemper actum intelligitur ubicunque ſpeciali hypothecæ ſubiicitur generalis*, ETIAMSI OMISSA SIT ILLA CONDITIO. *Quia quod vulgo fieri ſolet*, *ſi ſit omiſſum*, *ſuppletur*, *& ſubintelligitur*; *atque ideo æquale jus in bonis omnibus*, *quæ volet creditor eligere*, *exercere poteſt*; SED PRIUS ÆQUUM BONUM EST, UT EXCUTIAT SPECIALEM HYPOTHECAM, QUONIAM *ita ſenſiſſe intelliguntur contrahentes*.

Gli ſteſſi inſegnamenti, oltre a moltiſſimi altri (1), dà il Do-

(1) Tra quali il *Perezio* nelle ſue Prelezioni al Codice ſotto il citato Titolo, al *n.* 18., e'l *Groenewegen* nel ſuo Trattato *de Legibus abrogatis* ſulla *L.* 10. *D. eod.*

Donello nel commentare che fà la citata legge 2. del Codice ſotto il medeſimo Titolo. Ecco le ſue parole.

Finge hoc modo.. Primo ſic pignus datum eſt. AEDES ILLÆ MEÆ, & generaliter OMNIA MEA BONA tibi ſint obligata pignori: Secundo creditori poſtea FUNDUS TUSCULANUS, qui in iis bonis reliquus erat, obligatus eſt. Placet, primum creditorem non poſſe fundum Tuſculanum perſequi a ſecundo creditore, NISI PRIUS CONSTITERIT, eum ex ædibus ſibi ſpecialiter obligatis pecuniam ſibi debitam redigere non poſſe.

Or, qual pruova ſi è fatta dall' attore per la preceduta *diſcuſſione* de' beni *ſpecialmente* obbligati, e de' *Fidejuſſori* dell' impiego fatto nel 1743? Si crederà forſe, di eſſerſi a tanto adempito colle due ſedi, da lui prodotte preſſo gli atti (1), la prima della morte del Maſtrodatti *Pariſi*, e la ſeconda del Prorazionale *Ricciardi*, colla quale ſi atteſta, che nel cataſto di S. Anaſtaſio formato nel 1771. de' foraſtieri bonatenenti non trovavaſi deſcritto *D. Salvatore Latino*? Ei ſembra, che non ſia queſto il modo da dimoſtrare *la formale diſcuſſione*, che le Leggi richieggono. Se il Maſtrodatti *Pariſi* era morto, non vi era forſe la ſua *Eredità*? Qual pruova ſi è fatta, che il Caſale di *S. Anaſtaſio* (ch'è un Caſale di Somma) ſia l'iſteſſo di quello di *S. Sebaſtiano* (ch'è un Caſale di Napoli), nel cui tenimento, e non già in quello di *S. Anaſtaſio*, fu deſcritta quella tale maſſaria di *moggia venti*, che al credito di ducati *mille* fù *in ſpecie* obbligata dal debitore? Sono tra eſſi loro queſti due Caſali, o *contigui*, o *promiſcui*, ſicchè formaſſero una ſola *Univerſità*? Oibò. E poi circa la *ineſiſtenza* di quell' altro fondo nominato l'*Iſchia* in Benevento, compreſo anche nella *ſpeciale* ipoteca, ſi è fatta pruova veruna dall' Attore? Queſte eran parti ſue, e non del reo convenuto. Pe 'l reo baſta la confeſſione ne fù fatta in un pubblico giurato iſtrumento. Avrebbe potuto beniſſimo l'Attore con fedi negative de' Sindaci della Città

(1) *Fol.* 55. *& fol.* 131.

di Benevento, tanto giuſtificare. Nè è ſempre vero, che *onus probandi incumbit aſſerenti, non neganti*. La *diſcuſſione*, per eſempio, che richiede la legge, doverſi fare del debitore *principale*, pria di poterſi paſſare al *plegio*, quale altro peſo dà all' attore, ſe non quello di provare con fedi *negative* la ineſiſtenza della di lui perſona, o de' beni di lui?

Senonchè ci ſi oppone dall' Avverſario, che inutili affatto ſieno le fin qua eſpoſte teorie legali di *jus comune*, avvegnacchè lo ſtile di giudicare del noſtro Regno, poggiato alla *Prammatica unica de Aſſiſtentia* del Re Ferdinando I., e alla *comune* opinione de' noſtri DD., diſpenſa il creditore da tutte queſte ritualità; e purchè aveſſe egli nell' iſtrumento di obbliganza convenuto ancora il patto *de capiendo* con la clauſola del *coſtituto*, e *precario*, non può in verun conto a lui frenarſi l'arbitrio, che ha, di ſperimentare la ſua azione ipotecaria sù que' fondi, che meglio gli aggrada, e in mano a chiunque, dovendo ſoltanto implorare il braccio del Giudice, perchè gli preſti la ſua *aſſiſtenza*, mentre gli vien proibito d' impoſſeſſarſene di *privata autorità*, e di ritorli al terzo poſſeſſore ſenza l' officio del Magiſtrato (1).

Egli purtroppo è vero (riſpondeſi da noi), che per effetto della citata Prammatica, laddove a favor del creditore trovinſi unitamente con la *generale* ipoteca appoſti i mentovati patti del *coſtituto*, e *precario*, mercè de' quali ha in ſoſtanza convenuto il creditore, che de' fondi onnoſsj all' ipoteca il ſuo debitore, durante la ſoddisfazion del debito, ne ſia un ſemplice *precario* detentore a di lui nome, abbia ben' egli il diritto, ſenza biſogno di *diſcuſſione* del ſuo *principal* debitore (2), di ritorre da mano a chiunque coll'

(1) *L. Creditores 7. D. ad L. Jul. de vi privata.*

(2) E' queſta una circoſtanza da notarſi, perciocchè, ſe ſi tratta dell' *Erede* di coſtui, ſi richiede ſenz' altro *la eſcuſſione* richeſta dal *jus comune*, ſecondo il ſentimento ri-

ce-

coll' autorità, ed assistenza del Magistrato, il possesso di quel fondo, che non altrimenti, che colla qualità di un *precario* detentore, avea presso dell' istesso suo debitore rilasciato: Il punto però della presente quistione egli è tutt' altro da quello, di cui tratta la Prammatica; perciocchè la Prammatica parla d' ipoteca, e possesso *precario* stabilito sù di fondi, ch' erano presso del debitore *a tempo del contratto*, e la nostra controversia per l' opposto tutta si aggira in questo articolo; se possa cioè costituirsi possesso *precario* in mano del debitore per quei beni, *che non sono in suo dominio*. E tanto ciò è vero, che di quel caso, e non di questo, tratta la Prammatica, che uno de' principali estremi, che per inconcussa pratica del nostro Foro richiedesi per potersi accordare l' *assistenza*, è quello appunto della pruova dee fare il Creditore, che il fondo, sul quale l' assistenza si vuol prestata, *erat in bonis*, & *de bonis* del debitore a quel tempo, che o la *speciale*, o la *generale* ipoteca fù da lui contratta.

Ogni legge, ch' è correttoria del *jus comune*, ognun sà, che merita sempre la interpetrazione ristretta, e non già l'ampliativa. La Costituzione del *precario*, quasi tutti i DD. tanto nostri, ch' esteri, ragionevolmente sostengono, che non possa darsi su' beni di *futuro* eventuale acquisto, mentre qualunque *finzione* imitar dee la *natura*, ed è naturalmente impossibile, che possa *Tizio* constituirsi possessore di una cosa a nome altrui, priachè ne fosse egli medesimo il possessore. Quindi per tal ragione i nostri più accurati *Forensi* han sostenuto, che come possesso *precario* non potea stabilirsi, che su' di fondi, ch' erano *attualmente* presso del debitore, così per potersi il creditore valere di questo patto

---

cevnto nel Foro *del Reg. de Marinis II. Resol.* 52. e del *Reg. Rovito* nel Commentario alla detta Prammatica: e ciò anche per l' espressata ragione, che tutte le leggi derogatorie del *jus* generale meritano l' interpetrazione la più limitata.

patto di coſtituzion di *precario poſſeſſo* in mano del debitore, neceſſario era, giuſta la mente della citata Prammatica, provarſi, che a tempo, che fu contratta l'ipoteca, era quel fondo *tra ſuoi beni*.

Baldo, ed *Angelo d' Arezzo* furon de' primi, che negarono poterſi ſtabilire *precario* ſu' beni di *futuro acquiſto*, e poi infiniti altri dopo di eſſi, tra quali il *Tiraquello* (1), il *Menochio* (2), ed il rinomato Antonio Fabro (3). Quindi il noſtro *Matteo de Afflictis* nella *deciſ.* 335. *n.* 4. dopo d' avere recata qualche diſcettazione sù queſto punto, così conchiude = *Sed in contrariam partem multum ſtringit illa concluſio, quæ vult, quod ille, qui conſtituit, ſe precario nomine alterius poſſidere, ad hoc, ut precarium producat effectum ſuum, debet probare,* QUOD TEMPORE PRECARII CONSTITUTI IPSE POSSIDEBAT NATURALITER, *alias precarium nihil operatur, uti notat Gloſ. in L. quamvis §. ſi conductor, D. de adq. poſſ. & firmant Angelus ad d. l., & Baldus in L. 1. C. quando lic. ab empt. diſced. ubi dicit hanc eſſe veritatem, quod ſi venditor tempore, quo conſtituit, ſe precario nomine emptoris poſſidere, non poſſidebat,* INANE EST PRECARIUM, *licet poſtea cœperit poſſidere, quia in nova poſſeſſione non eſt conſenſum inter partes; & idem firmat Ant. de But. in Cap. cum veniſſent de reſtit. ſpol.*

E queſta dottrina viene anche approvata *da Ceſare Orſillo*, nelle note, che fà alla citata *Deciſ.* 335., le cui parole ſon le ſeguenti al num. 1.

Circa ſecundum dubium, quod precarium extendatur ad futurum, eſt Tiraquellus in tract. de Conſt. poſ. in 3. parte in 1. limit. intelligendo tamen hoc in præjudicium CONSTITUENTIS TANTUM, *ex eo quod ipſe non poteſt factum ſuum impugnare;* SECUS VERO IN TERTII PRÆJUDICIUM, *cui medio tem-*

(1) *De Conſt. poſſ. Part. III. Lim.* 1.
(2) *Conſil.* 122. *n.* 36. 55. *&* 56.
(3) *Decade IV. Err.* 8.

tempore fuiſſet jus quæſitum. E poco appreſſo così ſoggiunge. *Ego cum* COMMUNI *opinione cenſeo tenendum; nec obſtant ſua argumenta, dum dicit, quod ſicut dominium rei legatæ transfertur recta via in legatarium, ita & poſſeſſio, quia reſpondetur, poſſeſſionem ipſam naturalem, ſive actualem ſore quid* FACTI, *igitur requirit factum hominis L. 1. ubi omnes D. de acq. poſ., & quatenus eſt* JURIS, *ut quando quis ſe conſtituit poſſidere pro alio, requiritur* MINISTERIUM JURIS, *&* FACTUM HOMINIS, *ſcilicet, quando quis ſe conſtituit poſſidere, & vere poſſideat pro alio, juxta tex. legis* Quod meo.

A queſte autorità moltiſſime altre ſe ne potrebbero aggiungere, ma contentandoci di ſoltanto additare quella del *Milaneſe* (1), del *Gaito* (2), del *Surdo* (3), e del *Conſigliere Staibano* (4), che rapporta come una maſſima inconcuſſa di diritto, che *conſtitutum operatur translationem illius poſſeſſionis, quæ* PENES *conſtituentem erat*, potendoſi ne' citati luoghi riſcontrare, rapportaremo per intiero la dottrina d'*Alberto Alderiſio* nel ſuo rinomatiſſimo trattato *de aſſiſtentia* ſulla *quiſt. xiv. n.* 10., come di colui, che più a diffuſo ha trattato queſto articolo.

Et in caſu, quo adeſſet obligatio omnium bonorum, quæ comprehendit interpretative præſentia, & futura L. fin. C. quæ res pign. & L. 1. D. de pig. de Afflictis deciſ. 335. *& Surdus deciſ.* 163. *utrum ſic etiam intelligendum ſit, ſi adiecta ſit clauſula* CONSTITUTI, *& an conſtitutum operetur etiam in bonis* FUTURIS, *quemadmodum in bonis præſentibus; & hoc quæſitum eſt maximi momenti in materia noſtræ* ASSISTENTIÆ, *nam ſi conſtitutum operatur in bonis futuris, poteſt procul dubio ſuper eis concedi aſſiſtentia, ſecus vero non operante conſtituto.*

Bar-

(1) *Deciſ. I. lib. II. n.* 101.
(2) *De credit. cap. IV. n.* 204.
(3) *Deciſ.* 24.
(4) *Reſol. CXI. cent. II. n.* 78.

Barbatus noſter hic ſub num. 8. *diſtinguit, quod aut in iſtrumento adiicitur dumtaxat obligatio bonorum, & tunc non operatur conſtitutum circa futura, Affl. Deciſ.* 35. *n.* 8., *aut vero in iſtrumento adeſt obligatio bonorum præſentium, & futurorum, & tunc bene operatur conſtitutum circa omnia, Afflic. Dec.* 37., *Theſau. dec.* 215. *Faber in ejus Cod. tit. de adq. poſ. def:* 20. n. 1.

Hæc diſtinctio haud placere poteſt, nam in ea nulla diſpar ratio adſignari poteſt, cur in bonis præſentibus operetur conſtitutum, non vero in bonis futuris indefinite; obligatis etenim ſimpliciter bonis ob §. fin. l. final. C. quæ res obligari pign. poſſ., ſubintelliguntur etiam futura; nos itaque dicimus, in UTROQUE CASU NULLATENUS OPERARI CONSTITUTUM *in bonis futuris, ſeu ſuppletive, ſeu expreſſive ea obligata eſſent, quod alias diceremus effective, & contentive juxta Tiraquellum l. cit. n.* 20. *& ratio eſt, quia poteſt quidem dari ſuppletio, & interpretatio, quod dictio obligationis omnium bonorum extendatur etiam ad futura, ſed dici non poteſt, quod conſtitutum, quod ſua natura cadit ſuper bonis* PRÆSENTIBUS, *fictione juris intelligatur etiam ſuper futuris, quippe dicta lex Juſtiniani interpetratione, & ſuppletione, non vero* FICTIONE *omnia bona ad futuras res producit.*

Totum præſidium, in quo collocarunt DD. ſectantes, conſtitutum extendi etiam ad bona futura, illud eſt, quod ſi conſtituo me poſſidere tuo nomine ancillam, iſtud conſtitutum etiam extenditur ad partum naſciturum ancillæ, L. quamvis D. de precario.

Sed reſpondeo huic argumento cum Tiraquello, quod illud futurum, partus ſcil. ancillæ, eſt ACCESSORIUM *rei principalis præſentis, ſcil. ancillæ, imo dicitur eſſe ejus pars, l.* 1. *§. ex hoc Edicto D. de vent. inſpic. Ideò nil mirum, ſi ipſum acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis, L. cum principalis D. de Reg. Jur.*

Proinde fatendum erit cum Antonio Fabro de Err. Pragm. Dec. IV. Er. 8. CONSTITUTUM ADQUISITÆ BONORUM POS-

SES-

SESSIONI INHÆRERE, NON VERO FUTURÆ ALIQUID OPERARI POSSE.

Ma ſe oltre alle autorità de' DD. *Forenſi* ſi deſideraſſero quelle de' DD. *Eruditi*, anche di queſte ve n'è a dovizia; e ſolo per non recar tedio con una ſcrittura ſoverchio lunga, omettendo quella Fabro (1), del Donello (2), del Voet (3), del Noodt (4) vaglia per tutti l'autorità del noſtro rinomatiſſimo *Domenico Aulisio*, ornamento un tempo della noſtra Scuola Napoletana. Trattò egli di propoſito l'articolo preſente nel ſuo dotto Commentario al Titolo delle Pandette de *adqur. vel amitt. poſſeſſ.* (5), e dopo d'avere rapportata la opinione di *Giacopo Butrigario*, che colui, il quale ſi coſtituiſce poſſeſſore *alieno nomine* di tutt'i ſuoi beni *preſenti*, e *futuri*, trasferiſce immediate in queſt'altro il poſſeſſo de' ſuoi beni preſenti, e de' futuri da quel momento, che glie ne perverrà l'acquiſto, ſi uniſce poi al ſentimento oppoſto del *Baldo*, e del *Fabro*, e tra l'altro così ragiona.

Aliam viam ingreſſus eſt Faber, qui hujus diſputationis rationem inveſtigare conatus eſt. Quoniam enim ea conſtituti vis, ac poteſtas eſt, ut ſtatim poſſeſſionem a conſtituente transferat in Conſtitutarium; ideo ſi in rebus futuris locum poſſet habere, utique conſequens eſſet, ut quo inſtanti quis rei poſſeſſionem nanciſcitur, eodem in alium transferret ſine ulla temporis intercapedine; quod naturâ repugnat, cum eodem inſtanti poſſeſſio mea, & non mea eſſe non poſſit, ſeu eodem momento adquiri, & amitti, quia adquiſitio, & amiſſio poſſeſſionis res facti ſunt, & certum inter ſe ordinem habent, nec ſimul per rerum naturam eſſe poſſunt. Quæ repugnantia in Conſtituto rerum præ-

(1) *In cit. Dec. IV. Er.* 8.
(2) *Comment. ad Tit. Cod. de Pignor.*
(3) *Comm. ad Tit. Dig. de Pignor.*
(4) *Comm. ad eun. Tit. n.* 17.
(5) *In Quæſt.* 3. *ſub Cap. de jure conſtituti Poſſeſſorii.*

præſentium non eſt, nam transfert in alium poſſeſſionem, quam jam antea habebat.

Nec contraria obſtant; nam quod ad primum argumentum attinet, longe diſpar eſt ratio inter hypothecam, & conſtitutum. Nam dominium, & pignoris obligatio res juris ſunt, plurimumque in iis juris poteſtas valet: & jus in eodem inſtanti utrumq. commode operatur. Non ita eſt in adquirenda, & transferenda poſſeſſione, quæ tota ex facto eſt; quæ autem facti ſunt, & certum inter ſe ordinem habent, temporis momento expediri non poſſunt. Natura enim, quæ in rebus facti valet, niſi in tempore non agit.

Ad alterum argumentum; negamus ancillæ partum intelligi precario conceſſum, ut recte ibi Accurſius ait. Neque hæc Pomponius habet; ſolum dicit, partum IN CAUSA *precarii eſſe: quod non eſt novum in jure noſtro, nam ſi ſervum tibi commodem, utique veſtis, qua indutus eſt, non intelligitur ſibi commodata, ſed tantum in cauſa commodati cadit, ideſt hujus quoque cuſtodia ad te pertinet, quare furti actionem etiam pro veſte habebis, l. eum qui emit, §. non ſolum D. de furtis. Id ipſum eſſe dicitur in ancilla, & in eo, quod ex ipſa natum eſt. Ideo autem partus in cauſa precarii, aut commodati cadet, quia acceſſorium eſt ad ancillam, ut veſtis eſt acceſſorium ad ſervum. Quorum nihil eſt in ſpecie noſtra, ubi res omnes* PRINCIPALES *ſunt, tam præſentes, quam futuræ, nec iſtæ illis accedunt.*

Se mal non ci apponghiamo, ſembraci dimoſtrato ad evidenza, che poichè giuſta il concorde ſentimento de' più enſati Interpetri del dritto, anche di coloro, che appellanſi *Forenſi*, non può ammetterſi *coſtituzione di precario* a favore del creditore per li beni nel ſuo debitore di *futuro acquiſto*, punto per queſto giovar ei non ſi potrà del privilegio dell' *aſſiſtenza*, ma ſolo gli competerà lo ſperimento dell' *azione ipotecaria* in que' termini, che la legge *comune* gli accorda, preciſe contro del *terzo poſſeſſore* munito del *giuſto titolo*, e della *buona fede*, o ſia diſcuſſo pria nelle forme il *debitor principale*, e la *ſpeciale*

ipo-

ipoteca a norma del prescritto delle citate leggi.

Il ragionato fin' ora tutto è nella ipotesi, che niun' altra eccezione ostasse al creditore ipotecario per lo sperimento di sua azione contro del terzo possessore. Ma se poi quest' azione medesima, cumulata ben' anco con quella nascente da un finto, e non vero *precario*, come nel caso nostro, incontrasse l' ostacolo della *prescrizione*; con qual maggioranza di argomento non avrebbe a dirsi esorbitante, e lesiva la mentovata sentenza del S. C. per l' *erede fiduciario* di D. Giuseppe Gorga, e a sperarsi conseguentemente, che dovesse l' istesso Supremo Tribunale, nel riesame, che far ne dee, corrigerla, e rettificarla? Questo articolo appunto sarà lo scopo di dimostrazione del §. seguente.

§. III.

§. III.

L' azione ipotecaria, e 'l precario medeſimo paſſata la roba in mano al terzo poſſeſſore di giuſto titolo, e di buona fede, ſon ſuggetti a preſcrizione.

IL giudizio di *aſſiſtenza* naſce dall' interdetto poſſeſſorio *Salviano*, e non è che una ſeguela dell' *azione ipotecaria quaſi Serviana*. E' queſto un ſentimento di tutt' i noſtri Forenſi, e ſpecialmente del lodato Matteo de *Afflictis* nella *Deciſ.* 383. *n.* 6. ed ha l' appoggio alla *l.* 14. *C. de Pign. & hyp.*, la quale così diſpone. *Diſtractis a debitore pignoribus, creditores poteſtatem habere, utrumne perſonali obligatos ſibi, an pignera poſſidentes* IN REM *actione convenire velint, non eſt incerti juris.* Or ſiccome per le leggi ultime del Codice potea l'azione ipotecaria preſcriverſi tra il corſo di 10. anni tra i preſenti, e di 20. tra gli aſſenti (1), così egualmente quell' azione, che dall' *interdetto poſſeſſorio*, e dalla coſtituzione del poſſeſſo *precario* derivava. Non vi ha mutazione alcuna nelle noſtre leggi del Regno circa al dritto di poter *preſcrivere*, a riſerba, che colla Prammatica *Præſcriptioni* (detta *decreto*

(1) *L.* 1. *C. ſi adver. cred. præſcrip. oppon. Diuturnum ſilentium longi temporis præſcriptione corroboratum creditoribus pignus perſequentibus inefficacem actionem conſtituit, præterquam ſi debitores, vel qui in eorum jura ſucceſſerunt, obligatæ rei poſſeſſioni incumbant.*

creto delle 4. *Ruote*) ſi richiedono indiſpenſabilmente tre condizioni, perchè la preſcrizione ſia legale, il *giuſto titolo* cioè; la *buona fede* dal principio, e nel progreſſo; e l'*elaſſo di anni* 30. *dal giorno della nata azione*; per lo qual requiſito di *continuata buona fede*, nè il debitore, nè li ſuoi eredi poſſon mai preſcrivere, eſſendoci ſempre la mala fede per mezzo. Or noi ſiamo certamente nelle condizioni della Prammatica, giacchè trattaſi, che la maſſeria è in mano di un *terzo poſſeſſore*, il quale ha cauſa da colui che fece acquiſto in *buona fede* a titolo *di compra* nell' anno 1773. e nullameno che anni 51. ſi contano dall' epoca della preteſa contratta ipoteca coll'iſtrumento del 1743. fino all' anno 1794. quando fu intentato il giudizio.

Ma perchè non ſi creda, che foſſe un tale aſſunto una ſemplice noſtra opinione, comecchè fondata ſu' dettami legali, giovi di anche a queſt' uopo arrecare l' autorità de' noſtri Dottori.

Il lodato Matteo *de Afflictis* fù di queſto ſentimento, ſia che il creditore di agire intendeſſe colla ſemplice *ipotecaria*, ſia che valer ſi voleſſe del patto della *coſtituzion del precario*, e viemaggiormente quando il *precario* fù per beni di *futuro acquiſto*. Ecco, com' ei ſcrive nella *Deciſ.* 139, *Magna fuit dubitatio in cauſa Dom. Roberti Piſcicelli, Archiepiſcopi Brunduſii, ex una, & Dom. Mariam de Tocco ex altera; Si tertius ſcilicet poſſeſſor cum titulo, & bona fide, neſciens quod res poſſeſſa per eum fuerat prius alteri hypothecata, præſcribat contra creditorem habentem per prius rem ipſam hypothecatam, ſpatio decem, vel viginti annorum juxta L.* 1. *&* 2. *Cod. ſi adv. creditorem præſcript. opponatur, vel requiratur curſus triginta annorum? Et mihi, & aliquibus Doctoribus videbatur dicendum, quod tertius poſſeſſor adverſus creditorem agentem hypothecaria, & remedio L. fin. C. de adq. poſſ., L.* 3. *C. de Pignor., & L. ult. C. de jure dom. impetr., poteſt opponere exceptionem præſcriptionis longi temporis,* 10. *ſcil. inter præſentes, &* 20. *inter abſentes per Teu. in d. L.* 1. *C. ſi adver.*

ver. cred. Et hoc firmant Paulus de Caſtro in Conſ. 115. *Oldredus in Conſ.* 19., *Specialis in Tit. de Præſcript. in f.*, *& Bartolus in L. cum prædium D. de pignorib.*

Sed quid dicendum, quando creditor habuit bona debitoris ſui obligata, & ille debitor conſtituit, ſe PRECARIO NOMINE *poſſidere? Et demum debitor bona obligata, quæ conſtituit ſe precario nomine tenere, & poſſidere, alienavit in* TERTIUM, *& ille tertius poſſedit cum titulo, & bona fide per annos decem inter præſentes, vel viginti inter abſentes; utrum hoc caſu locum habeat diſpoſitio dictæ legis* 1. *Cod. ſi adver. credit.*

E dopo gli argomenti per l'opinione negativa così conclude. *Hæc tamen vera ſunt* QUOAD BONA, *quæ poſſidebat debitor tempore conſtituti precarii, ſed* QUOAD BONA, QUÆ POSTEA QUÆSIVIT, NON EXTENDITUR PRECARIUM, *ut notat Alexand. in l.* 3. §. *incertum D. de adq. poſſeſ.*

Di concorde ſentimento è *Paolo Staibano* nella *Reſol. V.* della *I. Cent.* al *n.*44. di cui anche giovi traſcrivere la dottrina.

Nam clarum eſt, quod ASSISTENTIA *oritur ex Salviano interdicto, ut notat de Afflictis in dec.* 383. *& Muſcatellus in Praxi appellationis lib.* 2. *Sed agenti Salviano interdicto præſcribitur ſpatio decem annorum, ut ſupra; Bartolus in l. rem alienam D. de pign. cum aliis allegatis per Gratianum: Ergo eodem modo in judicio aſſiſtentiæ. Et ſi pars prætenderet jus offerendi, adhuc in caſu noſtro præſcriberetur ſpatio* 10. *annorum; nam quando poſſidet extraneus* CUM TITULO, ET BONA FIDE, *tunc juri offerendi per dictum ſpatium* 10. *annorum præſcribitur, l.* 1. *&* 2. *C. ſi adv. cred. Et ita deciſum refert Theſaurus in deciſ.* 157. *Et ratio eſt, quia tertius poſſeſſor cum titulo, & bona fide, neſciens, quod res poſſeſſa fuerit per prius alteri hypothecata, præſcribit contra creditorem ſpatio* 10. *annorum, ut ſupra. Neguſantius de pignor. par. II. n.* 2. *Rolandus conſ.* 79. *n.* 7.

Or s'è così, che nel *terzo poſſeſſore* di giuſto titolo, e buona fede, per un comune ſentimento de' DD., fondato

per

per altro, ſulla legge, ſi ammette la preſcrizione *longi temporis*, ad eſcludere i dritti del creditore naſcenti dall'azione d'ipoteca, o dal precario poſſeſſo del fondo obligato; e come potraſſi mai queſta *preſcrizione* contendere all'erede di *D. Giuſeppe Gorga*, quando concorrono in lui que' requiſiti di *giuſto titolo*, *buona fede*, ed *elaſſo di tempo*, che la citata Prammatica richiede? La compra della maſſeria all' *Orſolone*, ſiccome un pubblico iſtrumento ci aſſicura, ſeguì colla maſſima buona fede del compratore *Gorga* nell'anno 1734. Queſta ſteſſa buona fede è paſſata nell' erede dilui fiduciario *Franceſco Cocozza*, e dal giorno NATÆ ACTIONIS, o ſia dall' anno 1743. epoca della contrazion dell' ipoteca, ſu beni tutti *preſenti* e *futuri*, ſi trovan traſcorſi altri 21. anni ſopra a' 30. richieſti dalla Prammatica. Dunque è chiaro, quanto una dimoſtrazione di Euclide, che la oppoſta *preſcrizione* perime qualunque azione del creditore ſulla maſſeria ſuddetta; e ſarà anzi di tanto maggior vigore, per quanto la *ipoteca*, e'l *precario* ſu' beni *futuri*, ſi è da noi notato innanzi, niun nocumento arrecare alle ragioni del *detto terzo poſſeſſore*.

Con forza di argomenti, forſe ſuperiore al biſogno, è ſtata dimoſtrata la irragionevolezza della ſentenza, nell' eſſerſi accordata a D. Franceſco *de Marinis* pe'l credito, ch'egli rappreſenta contra l' eredità di D. Salvatore *Latino* il remedio di *aſſiſtenza* ſu di un fondo, che quantunque compreſo nella ipoteca *generale* di tutt' i beni del Latino *preſenti*, e *futuri*, per l' acquiſto però fattone in *buona fede*, e con *giuſto titolo* da D. Giuſeppe *Gorga*, e per tutte le altre circoſtanze di fatto, e di dritto, ne' precedenti §§. diviſate, non potea in verun conto dichiararſi onnoſſio tuttavia a *neſſo d' ipoteca*; laonde null' altro neceſſiterebbe aggiugnere in difeſa delle nullità avverſo la ſentenza iſteſſa dell' erede di *Gorga* prodotte. Pur tuttavolta, perchè riſplendeſſe viemaggiormente la ragione, che aſſiſte il noſtro cliente, e ſi ſcorgeſſe d' altra parte, quanto per ogni verſo riuſcirebbe eſorbitante la condanna fatta dal S. C., di dovere l' erede ſuddetto di *Gorga* ſubire gli effetti

dell'

dell' *assistenza* così pe'l Capitale di ducati *mille*, che per l'attraſſo eziandio delle *annualità* tutte fin dal giorno del contratto, o ſia dall' epoca del 1743., non ſarà fuor di propoſito, d'entrare anche in quest' altri due eſami. I. Se nella ipoteſi di doverſi preſtare l' *assistenza* ſulla mentovata maſſeria per l' anzidetto credito, preſtar queſta ſi doveſſe per lo *capitale*, ed *annualità* inſieme, ovvero piuttoſto per le ſole *annualità* a norma dello ſtabilito nel citato iſtrumento. II. Se queſte annualità medeſime ſi doveſſero all' odierno Attore *de Marinis* dal giorno della contrazione del debito, oppure dal dì, in cui è egli ſubentrato al godimento del maggiorato: diſcettazioni, che ſaranno eſeguite ne' due altri §§. ſeguenti.

§. IV.

§. IV.

La ipoteca nel 1743. *fu data per la cautela delle ſemplici annualità.*

I contratti di *obliganze* non poſſono ampliarſi più di quello i contratti medeſimi dettano colla ſcrittura, o fu tra le parti convenuto (1). Egli certamente, ſe ſi legga da capo a fondo l' enunciato iſtrumento del 1743. non vi ſi troverà patto, o eſpreſſione alcuna, con cui D. Salvatore Latino aveſſe, non diciamo *la maſſaria in Orſolone* (la quale come coſta da due pubblici iſtrumenti preſſo gli atti recentemente eſibiti (2), e che diſtruggono la prova teſtimoniale fatta dall' Attore, non era a quel tempo ne' beni del ſuddetto *Latino*,) mà que' *ſtabili medeſimi*, che in tale iſtrumento furon da lui enunciati di poſſederſi, ſottopoſti all' ipoteca del *Capitale* di ducati *mille*. L' eſpreſſioni uſate nell' iſtrumento toccanti queſto punto d' *ipoteca* furon le ſeguenti.

Ha aſſerito di avere tenere, e poſſedere da vero Signore, e padrone, con giuſto titolo &c. in comune, ed indiviſo con ſuo Fratello un COMPRENSORIO DI CASE *di più, e diverſi membri ſito in queſta Città di Napoli vicino porta Nolana giuſta li beni &c.*

Una MASSARIA *arbuſtata, e vitata di* MOGGIA VENTI *circa, con caſetta di più membri ſita nel caſale di S.* SEBASTIANO, *giuſta i beni &c.*

Un' ISCHIA *ſita in Benevento vicino al fiume Caloro, giuſta i beni &c.*

Franchi, e liberi &c.

E ſiccome è venuto a convenzione col detto Signor D. Tommaſo

(1) *L. 1. §. 1. D. de pactis.*
(2) *Fol. 173. & fol. 185.*

maſo de Marinis, oggi ſpontaneamente in preſenza noſtra liberamente, e col patto della ricompra quandocumq. ha venduto, ed alienato al detto D. Tommaſo preſente, ed a buona fede ANNUI DUCATI 55. alla ragione del 5. e mezzo per 100. primi, preeipui, ed effettivi, e da primi frutti, pigioni, ed entrate in ciaſcun' anno pervenienti, tanto dalla ſuddetta maſſaria a S. Sebaſtiano, e comprenſorio di caſe, quanto da tutti e qualſivogliano altri beni, eenſi, ed entrate di detto D. Salvatore, preſenti, e futuri, colla poteſtà di variare, e rivariare ad elezione di detto Compratore, franchi, e liberi detti an.duc.55.come ſopra venduti da qualſivogliano peſi, taſſe, donazioni, decime &c.

E queſto pe'l convenuto, e finito prezzo di ducati mille, quali eſſo D. Salvatore ha ricevuti per mezzo del Baneo S. Giacomo &c.

Di modochè ſia ſempre in elezione del ſuddetto D. Tommaſo, ſuoi eredi &c. li SUDDETTI ANN. DUCATI 55., come ſopra venduti, terriatim da oggi domandare, conſeguire, eſigere, ricuperare, ed avere, o far' eſigere, e conſeguire tanto del detto D. Salvatore, ſuoi eredi, e ſucceſſori, quanto dagli affittatori, reddenti, e poſſeſſori DELLA SUDDETTA CASA, MASSARIA, ED ISCHIA IN SPECIE OBLIGATE, e DA QUALSIVOGLIANO ALTRI DEBITORI, e REDDENTI DI ESSO D. SALVATORE PRESENTI, e FUTURI, ad elezione, arbitrio, e volontà &c. e con poteſtà di variare, e rivariare &c.

Con patto, che tanto in caſo detto D. Salvatore, e ſuoi eredi e ſucceſſori MANCASSERO DAL PAGAMERTO DELLI SUDDETTI DUCATI CINQUANTACINQUE come ſopra venduti per due terze continue, quanto in caſo di nullità, invalidità, ſeu reſciſſione del preſente contratto, per qualſivoglia cauſa, e caſo, o per evizione ſeguenda di dette ANNUE ENTRATE, come ſopra vendute SOPRA DETTI CORPI STABILI, SOPRA DE' QUALI STA' FATTA LA SEGUENTE VENDITA, in tutto, o in parte per qualſivoglia cauſa, e caſo quomodocunq., o pure in caſo, che dalli deſcritti beni ſtabili COME

ME SOPRA IN SPECIE *obbligati in ogni anno tra fertile, ed infertile* NON PERVENISSERO, NE SI PERCEPISSERO DETTI ANN. DUC. 55., *o nel caso dette* ANN. ENTRATE *come sopra vendute d' ordine de' superiori si diminuissero, o riducessero a minore rendita del* 5. *e mezzo per* 100.; NELLI CASI PREDETTI *sia tenuto* ESSO D. SALVATORE *ad elezione, e volontà di esso compratore, & citra præjudicium di tutt' altre ragioni, e remedj, statim, & incontinenti pagare, e restituire al sudetto Compratore in Napoli il sudetto Capitale di duc.* 1000. *una con tutte quelle quantità di danaro in quel tempo decorse, e non pagate.*

E *per la più facile esazione di detti annui ducati* 55. *esso Sig. D. Salvatore, citra præjudicium della liquidazione del presente istrumento &c. ha concesso facoltà a detto D. Tommaso suoi eredi, e successori &c. d'esiggersi detti annui ducati* 55. *precipui ed effettivi in ciascun anno tertiatim dal sudetto comprensorio di case, che come sopra ha asserito possedere vicino porta Nolana* (1).

Questo è tutto il contenuto nel citato istrumento concernente la cautela del creditore. Or con qual fondamento di ragione si potrà mai un *pegno*, un' *ipoteca* fissata dal debitore al credito delle semplici *annualità*, convertirsi, ed estendersi anche al *Capitale*? Non vale certamente in questi casi l' argomento del *minus scriptum, plus intellectum*, perciocchè la legge, quando anche un patto fosse *ambiguo* ci prescrive, che *quod minimum est sequi debemus.* (2), ma sibbene quell' altro, che perciocchè un' *obbligo* non è scritto, e spiegato, non ha inteso il promissore di convenirlo, mentre è una teoria legale, consona alla Ragione, che i *vincoli*, e le *obbligazioni* meritano piuttosto la interpetrazione stretta, che la estensiva. Di fatti, oltre a' molti altri esempj, che analogi alla detta teoria porgon le leggi, è degna di ricordarsi quella, che più dappresso al caso

(1) *Fol. 6. ad 14.*
(2) *L. semper D. de Reg. Jur.*

ſo noſtro trovaſi regiſtrata nel *l. per retentionem* 4. *Cod. de uſuris*, in cui ſi tratta il caſo, che ſi foſſe dato il pegno al creditore in ſicurtà del ſuo credito, e che al tempo della coſtituzione di tal pegno per un ſemplice patto, non avvalorato da *ſtipula*, ſi foſſero promeſſe le uſure a una determinata *minore* ragione. Con una nuova convenzione poi obbligoſſi il debitore a corriſponderle a ragion *maggiore*. Pretendea il creditore di voler ritenere il pegno ſuddetto, fino a che le dette convenute uſure a maggior ragione ſoddisfatte gli ſi foſſero. Gl' Imperadori nondimeno *Severo*, ed *Antonino*, il cui reſcritto contiene la citata legge, riſpoſero, che poichè al tempo, che furon promeſſe le dette uſure maggiori, non fù convenuto, di doverſi per cautela di eſſe ritener tuttavia il pegno, ragion non v'era, da potere il creditore pretendere la ritenzione. Veggaſi, ſe colla ſpiega da me data ſulla ſcorta del rinomatiſſimo Donello (1) al citato Reſcritto ſiaſene da me punto alterato il ſenſo. Eccone le parole.

Per

(1) *In Comment. ad tit.* 32. *lib. IV. Codicis*, ch' è del tenor ſeguente. *Ut uſuræ pacto promiſſæ ſervari poſſunt, ſi ſolutæ fuerint, ſic & ſervari per pignoris retentionem,* SI PIGNUS A DEBITORE IN EAS *uſuras datum fuerit, ut hic traditur in princ. & l. pignoribus infra eodem. Finge creditorem dediſſe mutuam pecuniam eo pacto, ut uſuræ* SEMISSES *illi præſtarentur, & debitorem in ſortem,* ET EAS USURAS, *fundum ſuum dediſſe pignori. Quamvis ſors ſoluta fuerit creditori, & uſuræ* PACTO *promiſſæ peti non poſſint, tamen creditor* JURE *fundum retinebit, donec ei uſuræ, de quibus convenit, præſtentur. Hujus juris ratio hic redditur obſcurior, ſed quæ hanc ſententiam habet. Ideo pignus in cauſa harum uſurarum retineri poteſt,* QUIA IN EAM CAUSAM VERE OBLIGATUM EST. *Nam pignus dari poteſt pro omni obligatione, etiam naturali. Uſuræ autem* PACTO *promiſſæ naturaliter debentur*

PER *retentionem pignoris uſuras ſervari poſſe, de quibus præſtandis convenit, licet ſtipulatio interpoſita non ſit, merito conſtitutum eſt, & rationem habet, cum pignora* CONVENTIONE

---

tur. Recte igitur hic ſcriptum eſt, pignus in eam cauſſam obſtringi.

Hoc jure poſito quæſitum eſt ex facto. Creditor mutuam pecuniam dederat, ut ante dixi, & in pecunia danda convenerat, ut debitor uſuras SEMISSES *præſtaret, ſi ſua die pecunia ſoluta non eſſet. Debitor in utramque rem, ideſt in ſortem, & in has uſuras pactas, fundum quemdam ſuum pignori dedit. Poſtea convenit inter creditorem, & debitorem, ut debitor ſi pecuniam non ſolveret, uſuras* BESSES, *vel* CENTESIMAS, *modo licitas, præſtaret. In hac poſteriore conventione uſurarum majorum de* PIGNORE DANDO NIHIL DICTUM EST. *Debitor ſortem ſolvit, & ejus temporis, quo non ſolverat, uſuras minores, de quibus initio convenerat. Creditor petit uſuras majores, & in eam rem retentione pignoris utitur. Negat debitor, eum retinere poſſe pignus in eam cauſſam: creditor ait, ſe poſſe, quia per retentionem pignoris uſuræ pacto promiſſæ retineri poſſunt.*

Reſpondent conſulti Imperatores, primo verum eſſe, & certum jus illud, quod creditor dicit, nempe per retentionem pignoris uſuras ſervari poſſe, ſed adiiciunt, PRIUS ESSE, UT IN EAS USURAS PIGNUS OBLIGATUM SIT. *Nam fundus pignori datus eſt in ſortem, & in minores uſuras, de quibus initio convenit: in majores autem uſuras pignori datus non eſt,* QUIA *tunc, cum de majoribus convenit,* NIHIL DICTUM EST DE PIGNORE; *nec poteſt res aliqua pignori obligari, ubi de pignore non convenit, l. Ariſto. D. quæ res pign. oblig. non poſſ. Ex quo efficitur, creditorem in propoſito majores uſuras, quamvis pacto promiſſas, per retentionem pignoris ſervare non poſſe, &, quod idem eſt, non poſſe pignus in eas uſuras retinere. Et ratio eſt, quia qui ſe, vel*

res

TIONE PACTI *etiam uſuris obſtricta ſint. Sed enim in cauſa, de qua agit, hæc ratio ceſſat: ſiquidem tempore contractus de* MINORIBUS *uſuris petendis convenit; poſtea autem, cum ſe debitor præſtaturum* MAJORES *repromiſit,* NON POTEST VIDERI RATA PIGNORIS RETENTIO, *quando eo tempore, quo inſtrumenta emittebantur,* NON CONVENIT, UT PIGNUS ETIAM AD HANC ADJECTIONEM TENEATUR.

E' pur troppo chiaro chiaro adunque, per una illazione tratta dagli ſteſſi principii, che poichè nel contratto ſtipulato da *D.Salvatore Latino* non ſi offerva coſtituita *ipoteca* a favore del creditore de Marinis per lo *Capitale* di ducati *mille*, ma per le ſole *annualità*, non han dritto i ſucceſſori a un tal credito Capitale, di poterla domandare, e pretendere; e molto meno sù di quel fondo, che non ſolo non fu allora *in ſpecie* obbligato, ma che non era ancora *tra i beni* del debitore.

§. V.

res ſuas in aliquam cauſam obligavit, numquam ſe, vel res ſuas in aliam cauſſam obligationem eamdem repetiiſſe intelligitur, quippe in negotiis gerendis, contrahendiſve, nulla eſt obligatio ſine contrahentium conſenſu, l. 1. §. 1. D. de pactis.

§. V.

Anche nella ipoteſi (che non ſi concede) che regeſſe l' aſſiſtenza ſulla maſſeria all' Orſolone pe 'l debito contratto da D. Salvatore Latino nel 1743., *non ſi dovrebbero le annualità, che dal giorno, in cui l'attore de Marinis è entrato al godimento del maggiorato.*

IN un fedecommeſſo progreſſivo ſia *particolare*, ſia *generale*, l' attual godente non ha altro dritto, ſalvochè quello di percepire i frutti del fedecommeſſo medeſimo, che maturano durante la ſua vita. I frutti maturati in vita del precedente fedecommeſſario certamente che non potranno appartenergli, ſe non avrà il carattere di *erede* del medeſimo (1). Ed è ciò tanto vero, che ſe l'anteceſſore godente del fedecommeſſo da una parte rimanga l' *Erede*, dall'altra lo *Spettatario*, ſi farà diviſione tra frutti *tuttavia pendenti*, *e non eſatti*, e tra frutti di già *ricolti*, o *maturati*; ſuccedendo ne' primi l'*immediato chiamato* al fedecommeſſo, e ne' ſecondi l'*erede*, o altri che ſi foſſe *ſucceſſore particolare* del defonto. Son queſti tanti aſſiomi legali, fondati ſulla natura de' fedecommeſſi, e ſulla differenza, che

(1) *L.* 18. *D. ad SC. Trebellianum, in pr. & §. 2. Donel. Comm. Jur. Civ. lib. VII. cap.* 26.

che passa tra colui, che *succedit in jus*, o *jure defuncti*, e colui, che *succedit ex propria persona*.

Ciò posto, ognuno intende, che se i frutti del Capitale di duc. 1000., o siano gli annui ducati 55. dall'epoca del 1743. fino a che visse, appartenuti si sarebbero a quel *D.Tommaso de Marinis*, che fu figlio del primo *D.Tommaso*, o sia di colui, che fece l'impiego con *Latino*, l'odierno Attore *Francesco de Marinis* solo nel caso, che oltre alla *spettanza* del maggiorato avesse la qualità di *Erede* di suo padre, potrebbe l'attrasso di que' tali frutti pretendere; diversamente il suo dritto si aggira soltanto su quelli, che sono maturati dal giorno della morte del detto fu suo padre *D. Tommaso* in poi.

Or s'è così, come potrà regere la sentenza del S. C. anche per quest'altra parte, quando a *D. Francesco de Marinis*, colla semplice, ed unica divisa di *spettatario* del maggiorato, ha accordato di poters' introitare tutti que' frutti, che dall'epoca del contratto trovansi annualmente maturati fin'oggi; non potendo egli, senza quel carattere di *erede* di suo padre, che non ha, ed ha ricusato di avere, subentrare in que' dritti di esazione de' frutti medesimi, che solo all'istesso suo padre si apparteneano? E'questa una esorbitanza della sentenza così chiara, così manifesta, che incorre negli occhi di chiunque, egualmente che esorbitante ella si ravvisa per la condanna alle spese della lite di quel *terzo possessore*, che lungi dal potersi riputare per un *temerario* litigante, va egli anzi munito di ragioni, ed eccezioni tali avverso dell'accordata *assistenza* sulla massaria (secondochè, se mal non ci apponghiamo, si è appieno dimostrato colla presente Scrittura), che porta tutta la fiducia, che mercè la forza delle medesime dovesse senz'altro il S. C. dichiarare sussistenti le nullità da lui prodotte, ed assolverlo dalle ingiuste pretendenze di *D. Francesco de Marinis*.

Di Casa 28. Febbrajo 1802.

VAT
1547173